

比较民法

靳宝兰 著

Comparative
Civil Law

中国人民公安大学出版社

比 较 民 法

靳 宝 兰 著

中国人民公安大学出版社

一九九五年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

比较民法/靳宝兰著. -北京: 中国人民公安大学
出版社, 1995. 6

ISBN 7-81011-727-0/D · 613

- I. 比…
- II. 靳…
- III. 民法-比较法
- IV. D913

中国人民公安大学出版社出版发行
(北京木樨地南里 邮编 100088)

新华书店北京发行所经销

新颖印刷厂印刷

850×1168毫米 1/32 9印张 220千字

1995年6月第1版 1995年6月第1次印刷

印数: 0001—1000册 定价: 9.50元

序 言

随着中国社会主义市场经济改革的发展，中国的法律制度和法律观念也在发生重大变化。其中民法制度的建立与完善，尤其是民法精神在中国的复兴，更是直接关系市场经济改革成败与否的一个重要环节。认真学习、深入研究、分析比较各国的民法已成为时代的呼唤，通过比较，使我们开拓视野，辨别优劣，更新观念，从而确定民法思想价值取向，培育私法意识，使民法在我国找到自己真正的位置。

我国自“五四”以来，思想主流通常是趋向否认中国真正私法传统的。中国四千年来有文字记载的历史中始终是以刑法为本，以“仁政”为最高理想，以“礼义”为基本途径的中华法系中所谓的“伦理化色彩”，将个体的人完全淹没在王权、族权、夫权、父权之下，个人利益服从于王权大统，根本不存在什么私法精神；而建国以后多年来，我们则在无产阶级专政理论和绝对计划经济机制下形成了一种国家至上、国家意志决定一切的国家本位观念，一切以国家为本位的公法精神渗透了整个法学领域，紧箍人们的头脑，强大的、无孔不入的国家对于社会政治经济生活的干预，就是这种情况真实的写照。显然，这与发展市场经济的客观要求是格格不入的。时代要求我们充分借鉴与吸收世界私法文明发展中一切闪光的、富有积极意义的东西。例如，大陆法系民法文化率先提出的

划分公法和私法的理论，深刻揭示了公权、私权即权力与权利的相互关系。从维护市场主体应有的资格和基础地位出发，权力不能凌驾于权利之上，而是权力应服从于权利，权力制约于权利，从而使国家机关行使行政权力时必须始终保持服务于人民权利的性质，两者的关系不能本末倒置。在此基础上，又进一步提出法律的性质不单是惩罚的工具，更是体现主体利益的动力和目的，这便将私法治法问题提到了法治的重心。此外，大陆法系民法文化中关于从身份到契约的转变，无疑也具有重大的现实意义。这一切都对我们今天效力市场经济法制建设给予了宝贵的启迪。

二

大力开展比较民法的研究与借鉴，对于当前我国正在酝酿起草民法典的工作也有重大意义。总结我国历次民法法典化工作的经验教训，其中重要的原因之一，在于缺乏立法内在体系化的思考与设计，表现在立法指导思想存在着“只有经验充足后才能立法”、“立法不能超前”、“摸着石头过河，成熟一个制定一个”等等旧的倾向。正因如此，便出现前法刚颁布不久其有些规定便被后法突破的不正常现象。例如 1986 年的《民法通则》只能按厂长负责制写法人的法定代表人，而无法写入被后来公司法所证明甚为必要的法人机关；再如；只能写进笼统的抵押权，而无法写入被现在颁布的担保法证明为极有必要的抵押权和质权的分离。

如果我们充分注意民法的比较研究，不断拓宽对于世界民法文化的视野，就不难发现，世界上一些国家成功的民事立法其原因之一就在于以理性主义作指导，致力于民法的法典化与体系化。例如，沿袭二千多年至今而不衰的罗马法，其法典编纂及其理论体系就是以高度的理性思维为基础的。法国民法典、德国民法典之所以成为传世之作，其重要原因也莫不如此。我国属于大陆法系国家，社会制度的不同虽然构成了法典化的形式和内容有一些

独特之处，但在立法指导思想上，无疑应立足于社会实际，同时，又应深刻研究与体会以罗马法为代表的大陆法系国家民事立法中的理性主义，注意法律制度的高度抽象概括和借鉴国外先进的法典编纂技术，这对于解决民事立法是以经验为先导还是以理性为先导的问题，对于克服我们过去立法中往往容易就一时一事进行规定的作法，都有不容忽视的作用。

三

当代世界各国法律发展的一个明显特点，是不同法律体系间许多内容的互相渗透与趋同。尤其是民法，各国在许多原则、制度、作法互有更多的“协调”和“一体化”的趋势。在当前市场经济迅速发展的条件下，加强对民法的比较研究，不仅具有重大的理论价值和立法价值，而且对于我国的司法实践也具有迫切的现实意义。

市场经济的法律是超越一个国家界限的。市场已经不能为一个民族所能局限。例如，从市场交换和交易的法律来看，市场交易中买卖双方的权利和义务以及买卖关系的一些基本规范，从罗马法到今天的两千多年中就没有什么根本性的突破。在我国，过去曾经突破了的，不是又要改过来吗？各国民法的这种渗透与趋同，反映了市场经济的共同规律性。我国民法反映这种共同规律性的法律规范，不仅体现在成文法中要注意与各国规定接轨，也表现在要大量沿用一些各国通用的贸易惯例。这就给司法工作者提出了艰巨的任务：即一方面要求我们在实践中深刻理解成文法的规定精神；另一方面又要注意学习和研究大量的国际惯例。做到这一点，不具备较为深厚的比较民法知识和文化素养，显然是不能胜任的。

此外，开展比较民法研究，还可为不同国家法院之间进行司法协助创造有利条件。同时，对丰富我国法学教育内容，促进国

际法律文化的交流与发展等是具有裨益的。

四

当前，国内关心民法比较研究的学者专家不乏其人，亦有一些文章散见于报刊，但专著形式的研究成果和教材尚未拜读到。虽有几所院校开设“比较民法课程”，但多为外国民法专题介绍。本人虽系民法学界无名之辈，斗胆抛出“比较民法”拙著，填补空白乃非份所想，能产生“抛砖引玉”之功效乃未负我多年研究之心血！

《比较民法》一书的主要内容，是采用综合研究的方法，并非局限于法律条文的对比，而对各国的民法理论及社会深层因素进行比较分析。首先对民法发展以及当代主要法系进行系统地、简要介绍与分析；其次对几个主要国家的民法典及法律制度、基本原则、主体、法律行为、物权、债权、知识产权、亲属与继承、民事责任 and 时效等进行了宏观和微观、历史和现实、纵向与横向地比较。

在撰写本书过程中，认真拜读了国内许多知名学者、教授的研究成果（参考书目附后），得到许多启迪和教诲，在此，对这些令我崇敬的学长表示敬意和感谢。尤其在此应当一书的是已故民法界前辈刘歧山教授对我研究、写作“比较民法”的指导、鼓励和教诲，使我永志不忘，在此谨表示深切的怀念和诚挚的感谢！

撰写本书由于是初次尝试，加上水平有限，资料不足，研究也处于发展之中，缺点和错误在所难免，敬祈读者不吝赐教。

作者

1995年于北京

目 录

第一章	导论	(1)
第一节	比较法概述	(1)
第二节	比较民法的概念及研究对象	(6)
第三节	比较民法的产生和发展	(9)
第二章	法系与不同法系的民法	(19)
第一节	法系术语的涵义及划分	(19)
第二节	大陆法系(民法法系)	(22)
第三节	英美法系(普通法系)	(33)
第四节	不同法系的民法	(52)
第三章	部分国家民法典概述	(83)
第一节	罗马法	(83)
第二节	法国民法典	(87)
第三节	德国民法典	(96)
第四节	日本民法典	(103)
第五节	瑞士民法典	(106)
第六节	英国和美国民法	(110)
第七节	前苏联和东欧国家民法典	(117)
第四章	民法的调整对象与基本原则比较	(121)
第一节	民法调整对象的比较	(121)

第二节 民法基本原则的比较.....	(126)
第五章 民事主体制度的比较.....	(130)
第一节 人与人格.....	(130)
第二节 公民(自然人).....	(131)
第三节 法人制度之比较.....	(142)
第六章 民事法律行为与代理制度比较.....	(152)
第一节 民事法律行为制度比较.....	(152)
第二节 代理制度的比较.....	(159)
第七章 时效制度比较.....	(170)
第一节 时效制度.....	(170)
第二节 诉讼时效制度.....	(172)
第八章 物权法律制度的比较.....	(181)
第一节 物的概念和种类.....	(181)
第二节 物权法的比较.....	(185)
第三节 英美法中的信托制度.....	(192)
第九章 债权法律制度比较.....	(195)
第一节 债的概念和法律特征.....	(195)
第二节 债的发生根据与债的履行原则.....	(196)
第三节 债的担保.....	(201)
第四节 债的变更、解除与终止.....	(206)
第五节 合同(契约).....	(212)

第十章	知识产权法律制度比较	(222)
第一节	知识产权的概念与法律特征.....	(222)
第二节	知识产权法律制度”的历史发展.....	(223)
第三节	著作权.....	(226)
第四节	专利权.....	(230)
第五节	商标权.....	(235)
第十一章	亲属与继承法律制度比较	(238)
第一节	亲属法概述.....	(238)
第二节	继承法律制度.....	(253)
第十二章	民事责任制度比较	(265)
第一节	民事责任的概念和法律特征.....	(265)
第二节	民事责任制度的历史发展.....	(267)
第三节	承担民事责任的构成要件.....	(270)
第四节	侵权行为法.....	(271)
主要参考书目		(275)

第一章 导 论

第一节 比较法概述

一、比较法的概念

比较法、比较法学和比较法研究，三个词是同义词，其内涵是完全一致的。它是指对不同国家和地区的法律进行比较的一门学问，既是法学的一门独立分支学科，又是一种进行法律研究的科学方法。具体讲，应涵盖如下几层内容：

第一，概念中所指的进行法律比较的空间、范围，即“不同国家、不同地区”，这里指的既可能是同一法系内的不同国家和地区，例如，英国和美国同属于英美法系，它们之间的法律可以进行比较研究；也可能是对不同法系内的不同国家和地区的法律进行比较，例如，英国和法国各属英美法系和大陆法系，它们之间的法律也可以进行比较研究。另外，“不同国家、不同地区”还可能指既是属于同一社会制度下的不同国家和地区，如对美国和日本的法律进行比较研究；又可能是属于不同社会制度的不同国家和地区，如中国和美国，中国大陆和台湾地区法律制度进行比较研究。

第二，概念中所指“不同国家、不同地区的法律”，应当既包括一个国家或地区的法律体系，又包括一国或地区的法律部门和法律制度，还应当包括一国或地区的具体的法律规范。以上内容

之比较，不仅包括现实的比较，也要包括历史的比较。这种历史的比较，既有纵向比较，即一个国家或地区不同历史时期的比较，例如，对我国唐朝和清朝法律制度的比较；也可以有横向比较，即对同一历史时期的不同国家或地区的法律制度的比较，如对美国独立战争胜利之后刑罚制度与同时期的英国的刑罚制度的比较研究。

第三，比较法是进行法律研究的科学方法论。法律是调整社会关系的，各个国家和地区根据自己的需要制定不同的法律，要找出不同国家或地区法律的异同点和产生异同点的原因时，就必须运用比较的方法，只有通过比较研究的手段，才可能将不同现象区别开来，才能发现对同类问题的各种解决办法，才能鉴别出孰优孰劣。从这个意义上可以说比较法学是一门有关法律比较的方法论学科。

第四，比较法是法学中一门独立的分支学科。这主要是指它有自己独立的学科体系、有自己独特的研究对象和自己独特的研究方法，以及它在法学体系中不可代替和不可或缺性。比较法作为法学的一门独立学科，是和法理学、法哲学、法社会学等同属于理论法学之林的一门学科。

二、比较法的特征

任何一门学科都有自己的特征，以此区别于其它学科。比较法学区别于其他学科的主要特征也是非常明显的，主要表现在如下几方面：

第一，研究对象的广泛性。比较法不同于刑法、民法、婚姻法之类的部门法，正如我国比较法学权威、北京大学法律系教授沈宗灵先生所讲那样：“它既没有所调整的社会关系，也没有用以调整一定社会关系的法律规则，但是它有自己特有的研究对象，即不同国家的法律；它也有自己特有的研究成果，这是从其他法学

部门中无法取得的某种较系统的法学知识。”^①也正像法国比较法学家莱翁丹—让·康斯坦丁内斯库所讲的，比较法学“要把用比较方法得出的有关知识组合起来，加以整理和分类，使之构成一个紧密的、独立的、具有特有的目的和范围的整体……”“这个科学是一门独立的科学，因为它指出一些新问题，因此它走进了未经探索过的科学领域。”^②

第二，研究内容的广泛性、层次性和综合性。这一特征是由上边研究对象的特殊性所决定的。首先，其研究内容的广泛性是指研究不同国家、不同地区的法律，即既可有同一法系的不同国家、不同地区的法律，也可有不同法系的不同国家、不同地区的法律；既有同一社会制度的不同国家的法律，也可有不同社会制度的不同国家、不同地区的法律；既有同一时期的不同国家、不同地区的法律，也有不同历史时期的同一国家、同一地区的法律。其次，比较法学研究内容的层次性，主要表现在可以进行法系的比较，如英美法系和大陆法系的比较；也可以进行国与国之间法律体系的比较，如中国法律体系与美国法律体系比较；又可以对具体法律规范进行比较。总之，既可有宏观上的比较，又可有微观上的比较。再次，研究内容的综合性，主要表现在所研究的内容不局限在具体内容的优劣对错上，而是研究法系的形成、发展和特点，不同国家法律体系的内容和特点，法律制度、法律规范以及法律意识的特点及产生的原因、背景等等。

第三，研究方法的独特性。比较法，顾名思义，在于“比较”，这是它区别于其他法学的最根本的一点。没有比较方法，就谈不上独立学科的存在。它是在对各国和地区法律进行比较当中产生其内容。

① 沈宗灵著《比较法总论》，北京大学出版社1987年版，第7页。

② 参见《法学译丛》1983年第2期，第20页。

三、对比较法几种不同的认识

从上面所讲的比较法的概念中我们可知，在世界上各个国家中并没有一个“比较法”的实体法律规范，而仅有的是对不同国家的法律所进行的比较研究。“比较法”(Comparative law)是一个约定成俗的用语，没有准确地反映出现象的本质，很容易引起误解。这一概念的准确含意是“比较法学”(Comparative jurisprudence)或“比较法研究”(study of Comparative law)，是通过比较的方法研究不同国家法律的学问。以往，对此认识众说纷纭，归纳起来有如下几种主张：

第一种观点认为，比较法是法学中的一个独立的学科。其中有的认为是一门基本学科，有的则认为是一门辅助学科。

认为比较法是一门基本学科的，如著名法国比较法学家朗贝认为，比较法或称比较法学是揭示文明社会中发展水平相同或者接近的一些国家的基本立法制度总的趋势。意大利法学家萨法蒂认为比较法是一门独立学科，它可以促进本国法的发展，亦可以使各国法接近起来，是各国立法技术方面的一种工具，通过比较研究，不仅对现行法进行观察和鉴定，而且可以促进和完善现行法，规定其未来的发展方向。而匈牙利著名的法学家萨博和法国的萨利叶则认为比较法是法学中的一门辅助学科。

第二种观点认为比较法是一种研究法学的方法，属于方法论的范畴。

英国的比较法学家戈特里奇认为，通过对不同法系的法律规范的比较研究，并不能形成新的独立的法律规范。此外前苏联法学家C·齐夫斯也认为，比较法仅仅是研究国家和法律制度时运用的一种方法，并没有构成独立学科特有对象的社会关系，而且各种学科均可以采用比较之方法，并非比较法学所特有。又有保加利亚的法学家日·斯坦列夫也持有同类观点，认为在研究时所

采用的一种方法上建立一门学科，会导致严重的不良后果。^①第三种观点认为比较法既是一种研究方法，又是一门独立学科。

法国的著名法学家达维认为：“毫无疑问，对于多数人来说比较法将确实是一种方法，既“比较的方法”，用来帮助他们实现自己的特定目标。但是对于其他人，如果他们主要的事情是研究外国法和把它同他们的本国法进行比较，在这种情况下，比较法就取得了一门学科的地位，也即在法律知识中一个独立部门的地位。换句话说，现在需要有一类能够恰当地称为比较法学者的法学家，同那些在各自领域中运用比较法的人们并驾齐驱。”^②前苏联法学家B·图曼诺夫也持有同类观点，认为：“现代比较法学，既是利用比较方法作为特别分科研究方法，也作为特别研究方面，不论这两个方面如何相互联系在一起，它们之间仍有一定区别。”^③

在我国，有一些学者也认为比较法是一种研究法学的方法。如钱端升教授的《比较宪法》；朱采真在《现代法学通论》中认为：“比较法是以研究或批评各国的立法例为目的的一门学科。”^④吴学仪在《法学纲要》中认为比较法“以比较异法系、民族、国家之法律制度，明其相互间之异同，对将来之立法，现在之解释，供给重要资料为目的。例如比较宪法学、比较民法学、比较刑法学、比较劳工法学等等。”^⑤

解放后，由于较长时间受“左”的思想之影响，法学研究经历了曲折的道路，对于比较法的研究视为禁区，错误地认为社会

① R·达维和J·布顿尔利合著：《当代世界主要法律制度》。转引自沈宗灵：《比较法总论》北京大学出版社1987年11月第一版，第6—7页。

② 图曼诺夫：《论比较法学的发展》。转引自沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社1987年版，第6—7页。

③ 朱采真《现代法学通论》，世界书局1935年第4版，第1页。

④ 吴学仪《法学纲要》，中华书局1935年版，第80页。

主义法律制度与资本主义法律制度没有可比性。十一届三中全会之后，随着民主与法制的加强和完善，法学研究呈现出一片繁荣的景象，比较法的研究同样也被提上日程，北京大学著名法学教授沈宗灵先生首领风骚，他在《中国大百科全书·法学》卷内对比较法或比较法学辞条进行了解释，后又在其专著——《比较法总论》中进行了系统全面的阐发，他认为：“近代意义上的比较法不仅是法学研究的一种方法，而且是法学的一门独立的学科。方法与学科当然是密切联系的，特别是对作为一门学科的比较法（比较法学）来说，对法律的比较是它的主要特征和方法。但方法与学科毕竟是两个不同的概念，前者是指科学研究的手段，后者是指科学研究对象的一定领域。”^①

第二节 比较民法的概念及研究对象

一、比较民法的概念

所谓比较民法，是指对世界不同国家和地区的民事法律在理论和实践上进行比较研究的科学，也是比较法中的一个分支学科。具体说，它是对不同法系的诸国诸地区，或者对同一法系的诸国诸地区，或者对同一国家不同时期的民事法律、司法实践以及民事法律理论、学说进行系统比较研究的一门法律学科。

要想深入理解比较民法这一概念的内涵，还应当了解以下几点：

首先，比较民法并非是一种法律或一个法律部门，而是运用比较的方法对民法进行研究，得出新的认识的法律学科。世界各国各地区都有自己的法律，要对法律进行研究，不能不运用一定

^① 沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社1987年版，第7页。

的比较方法，这是不言而喻的。而且只有通过比较，才可区别异同，鉴别优劣，辨明是非，总结经验教训，进而找出规律，指导立法、司法实践，上升为新的理论。这样一种法律比较，如果运用到民事法律的研究上，将其系统化、体系化和科学化，形成一种新观点、新理论，那么它就不应该是单纯的研究方法问题了，而形成了一门新学科，它有自己特定的研究对象、任务、范围和方法。当然，比较方法是进行科学研究的一个条件，它并非是正确结论的保证。比较方法能否成为探求真理的条件，关键取决于正确理论指导。因此，肯定比较法是一门法律学科，并不等于肯定任何一种比较的内容、结论都是正确的。

其次，比较民法研究的范围不仅仅局限于一个国家或地区的民法，而是对不同法系的国家、地区或同一法系的国家、地区包括同一国家的不同时期的民事法律、民法理论、民事司法实践以及民事法律意识等内容，进行比较研究的一门法律科学。也就是说，比较民法研究的对象，既可以是英美法系（或称普通法系），也可以是大陆法系（或称罗马法系、民法系）的各国的民事法律制度的比较研究；既包括相同社会制度的各国民事法律，又包括不同性质的国家地区之间民事法律制度的比较研究。如社会主义制度与资本主义制度之间民法制度的比较研究。目前，有的学者将不同法系的国家、地区包括不同社会制度间的法律比较研究，称之为“宏观比较”或“对外比较”；将同一法系的国家、地区包括同一性质社会制度间的法律比较，称为“微观比较”或“对内比较”。有的学者认为所谓“宏观比较”的内容仅仅限制在各种法律制度的历史演变和总的发展趋势以及在理论上的比较；所谓“微观比较”其内容仅仅限制在具体法律制度的比较研究。实际上，这种限定意义不大，在比较法研究的过程中，“宏观比较”和“微观比较”是难以截然分开的，两者是交替或交错进行的，否则难以说清问题的实质及其发展过程。